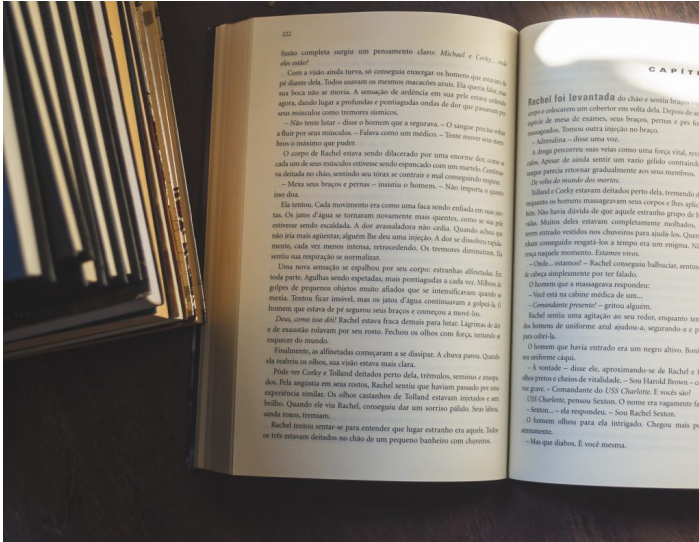


Levando a sério a literatura: verdadeira Law and Economics do art. 40, da LPI

Resposta ao artigo de Luciano Timm e Thomas Conti

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA
MARIANA PARGENDLER



Crédito: Unsplash

Este **JOTA publicou recentemente um artigo de Luciano Timm e Thomas Conti** criticando o questionamento da constitucionalidade do parágrafo único do art. 40 da Lei de Propriedade Intelectual (LPI) por supostamente violar entendimentos básicos da análise econômica do direito (AED). Infelizmente, a defesa do dispositivo legal da LPI apresentada pelos autores foi feita sem referir lições elementares da análise econômica da propriedade intelectual, sendo necessária resposta para informar o debate público.

Como ensina a Professora Paula Forgioni, o movimento de *law and economics* tem há muito indevidamente produzido tanto paranoia como mistificação.^[1] Quiçá a mais grave modalidade de mistificação é aquela que utiliza o rótulo da *law and economics* como argumento de autoridade para defender uma ou outra posição jurídica ou ideológica sem atentar para as lições da ampla literatura produzida no campo.

A literatura sobre AED da propriedade intelectual é uníssona em reconhecer um

conceitos por concorrentes (“efeito carona”). De outro, a literatura sempre sublinha que a proteção jurídica da propriedade intelectual também traz custos significativos. Não existe segredo neste debate.

JOTA PRO

FABIO ZAMBELI

Analista-chefe do JOTA em São Paulo

Esteja um passo à frente com a análise de quem conhece a **política** brasileira por dentro e na prática



Quero conhecer o JOTA PRO!

Você leu **3 de 10** matérias a que tem direito no mês. Quer acesso ilimitado?

ASSINE JOTA.INFO

Um dos livros-texto mais populares utilizados no ensino de AED internacionalmente assim ensina: “Uma grande desvantagem dos direitos de propriedade intelectual, no entanto, é que a precificação de monopólio gera produção e disseminação socialmente inadequadas dos bens que contêm trabalhos intelectuais.”^[2] A vertente mais ortodoxa da AED não apenas aponta os custos do sistema de patentes – claramente omitidos, senão negados, pelo artigo de Timm e Conti – como também reconhece que a limitação no prazo de proteção das patentes consiste no instrumento por excelência para mitigar esses custos.

Tudo isso já demonstra a falsidade da assertiva de Timm e Conti de que “*não há argumentos de Direito e Economia que justifiquem a decretação de inconstitucionalidade do art. 40 da Lei de Propriedade Intelectual*”. Há, por certo, numerosos argumentos em favor da inconstitucionalidade, embora mentes razoáveis e informadas possam divergir quanto à força de cada um. Para além disso, porém, é possível identificar diversos outros equívocos na análise dos autores, conforme se passa a expor.

Primeiro, Timm e Conti afirmam de forma genérica que “*segurança e previsibilidade são princípios muito caros tanto ao Direito, à Economia como à AED*”, como se a preservação de um aspecto da legislação infraconstitucional fosse necessariamente desejável apenas em razão de ter permanecido em vigor durante pouco mais de duas décadas. Não há dúvida de que segurança jurídica é um princípio jurídico cuja relevância econômica vem sendo amplamente reconhecida ao menos desde Max Weber. Ocorre que a segurança jurídica não é atendida, mas antes violada, se a regra em questão for contrária à Constituição. A própria ideia de que existe um consenso na AED contrário ao controle de constitucionalidade de regras infralegais é um disparate.

+JOTA: Tudo sobre Law and Economics

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos por excelência para a formulação de compromissos críveis por parte do Estado. Diversos professores de análise econômica comportamental, por exemplo, apresentaram *amicus curiae* perante a Suprema Corte dos Estados Unidos para defender a inconstitucionalidade da regra de lei estadual que proíbe cobrança de sobretaxas

O artigo também erra ao cogitar que a maior parte dos economistas que estudaram a matéria e chegaram a conclusões diversas teriam pouco conhecimento sobre o sistema jurídico, quando dizem que *“patente, ao contrário do que imaginam os economistas, tem um conceito jurídico muito preciso e não configura um monopólio do ponto de vista de Direito Concorrencial”*. O ponto central dos autores da AED da propriedade intelectual não é se a patente configura monopólio do ponto de vista do Direito Concorrencial (o que de fato não ocorre), mas se o monopólio jurídico confere poder de mercado apto a elevar artificialmente os preços e, assim, gerar perda de excedente econômico.

Não há como, portanto, dissociar a questão das patentes da precificação de monopólio, como pretendem os autores, ao assim declarar: *“nem se diga, como pretendem alguns economistas, que há um sobrepreço no mercado por conta desse dispositivo legal”*. É certo que nem toda patente permite a precificação de monopólio; patentes pouco úteis ou sujeitas a muitos substitutos de mercado não oferecem poder de mercado.

Porém, vale lembrar que o objetivo precípua do instituto é justamente permitir sobrepreço no mercado como forma de indução à inovação. Se não houver possibilidade de sobrepreço, pouco útil será a patente. O argumento de Timm e Conti é até ilógico. Se as patentes não tivessem valor econômico, certamente os próprios autores não teriam perdido seu tempo debatendo o tema.

Em determinado ponto, o artigo abandona as generalizações e passa aos erros conceituais. Segundo os autores, *“estudos demonstram que, na região da Amazônia, proprietários de terras com títulos mais seguros tendiam a investir mais e gerar mais prosperidade. Há também forte correlação empírica entre proteção dos direitos de propriedade e desenvolvimento econômico”*.

público, que pode ser usufruído simultaneamente por diferentes pessoas sem perder o valor.^[3] Sendo assim, os estudos referentes à propriedade de terras não oferecem subsídio relevante à análise do art. 40, parágrafo único, da LPI. Não é por acaso que a proteção à propriedade de bens imóveis não tem limitação de prazo, tal como ocorre com as patentes.

O ponto máximo da mistificação da AED é fazer afirmações supostamente baseada em dados, mas sem apresentá-los, como quando Timm e Conti afirmam que “há também forte correlação empírica entre proteção dos direitos de propriedade e desenvolvimento econômico”. Por certo, existem estudos que apontam relação de causalidade entre direitos de propriedade e desenvolvimento; há, também, diversos outros que questionam fortemente a importância dessa relação, conforme inclusive sugere o recente sucesso econômico experimentado pela China.^[4]

Chama a atenção, porém, que os trabalhos citados por Timm e Conti sobre a relação entre propriedade intelectual e desenvolvimento, de autoria dos economistas Petra Moser e Keith Maskus, não apenas deixam de corroborar a referida “forte correlação” como verdadeiramente sugerem o oposto.^[5]

Moser conclui que a “a grande maioria das inovações históricas ocorreram fora do sistema de patentes,” sendo que “países sem leis de patentes, como a Suíça e a Holanda, foram ao menos tão inovadores como países com leis de patentes” (p. 477). Seu trabalho afirma com todas as letras que “os direitos de propriedade intelectual parecem ter sido mais benéficos quando foram restritos e de duração limitada” (*id.*).

Já o artigo de Keith Maskus assevera que “é difícil caracterizar o papel que os direitos de propriedade intelectual podem desempenhar no processo de desenvolvimento econômico,” sendo que as tentativas internacionais de harmonização em um alto nível de proteção “pode ser subótima para

Timm e Conti concluem afirmando que “*não deve haver alteração deste marco regulatório brasileiro sem um debate acadêmico mais amplo na comunidade científica e também no âmbito do Congresso Nacional com ampla participação social*”. A discussão em questão não trata da alteração do marco regulatório, mas do enfrentamento da constitucionalidade de dispositivo legal. Tal discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal pode e deve estimular o amplo debate acadêmico – como ocorre no referido artigo e nesta resposta – e a participação social, como têm evidenciado os diversos *amici curiae* veiculados e a possibilidade de realização de audiência pública.

Por fim, vale ressaltar que estudos mais modernos de *law and economics* têm, ainda, propugnado pela atenção do movimento a questões distributivas (divisão do bolo) para além da ênfase na eficiência (tamanho do bolo).^[6] A proteção excessiva às patentes é um exemplo de mecanismo que pode ser não apenas ineficiente como pernicioso do ponto de vista distributivo, estimulando a concentração de riqueza por conferir monopólios justamente às grandes companhias em detrimento de consumidores.

Além disso, boa parte dos ganhos é apropriado por companhias e investidores estrangeiros, ao passo que as perdas recaem justamente sobre o Estado ou os consumidores brasileiros. Até mesmo o Banco Mundial, sob a liderança do economista laureado com o prêmio Nobel Joseph Stiglitz, reconheceu que a proteção rigorosa da propriedade intelectual é excessivamente desvantajosa para países em desenvolvimento.^[7]

Não há dúvida de que a análise econômica do direito tradicional e a sua vertente mais atual têm muito a contribuir para o debate sobre o art. 40, parágrafo único, da LPI, bem como para outros temas relevantes da vida nacional. Que o crescente acolhimento da AED no Brasil jamais dispense o reconhecimento e engajamento crítico com o estado da arte da literatura. É a constante busca da verdade, e não a desconsideração de argumentos contrários, a característica da atividade acadêmica na sua forma mais pura, que é a produção livre do conhecimento.

O episódio 42 do podcast Sem Precedentes analisa as acusações de Donald Trump questionando a legalidade do pleito eleitoral nos EUA. Ouça:

[1] FORGIONI, Paula. Análise Econômica do Direito (AED): Paranoia ou Mistificação? *Revista de Direito Mercantil*, v. 139, p. 242-256, 2005.

[2] JACKSON, Howell ET AL. *Analytical Methods for Lawyers*. New York: Foundation Press, 2003, p. 391 (tradução livre). Ver também Richard A. Posner, Intellectual Property: The Law and Economics Approach, *Journal of Economic Perspectives*, v. 19, p. 57-73, 2005.

[3] Ver, e.g., LEMLEY, Mark. Property, Intellectual Property, and Free Riding. *Texas Laws Review*, v. 83, p. 1031-1075, 2005. Sobre bens públicos, ver OSTROM, Elinor. Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems. Nobel Prize Lecture, December 8, 2009. 413.

[4] Ver, e.g., ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. Unbundling Institutions. *Journal of Political Economy*, v. 113, p. 2005, p. 949-995 (sugerindo a importância da proteção dos direitos de propriedade para o desenvolvimento); KENNEDY, David; STIGLITZ, Joseph E. (Orgs.). *Law and Economics with Chinese Characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-First Century*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 2 (questionando a relevância dos direitos de propriedade como estratégia de desenvolvimento).

Intellectual Property Law. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited, 2019, v. 2, p. 462–481; MASKUS, Keith E. Economic development and intellectual property rights: key analytical results from economics. In: DEPOORTER, Ben; MENELL, Peter S. (Orgs.). *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law*. Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited, 2019, v. 1, p. 656–675, p. 672.

[6] Ver PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. *Análise dos Custos da Desigualdade: Efeitos Institucionais do Círculo Vicioso de Desigualdade e Corrupção*, São Paulo: Quartier Latin, 2020; FENNELL, Lee Anne; McADAMS, Richard H. The Distributive Deficit in Law and Economics. *Minnesota Law Review*, v. 100, p. 1051-1129, 2016; LISCOW, Zachary D. Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity As Well As Efficiency. *Yale Law Journal*, v. 123, n. 7, 2014.

[7] STIGLITZ, Joseph E. Economic Foundations of Intellectual Property Rights. *Duke Law Journal*, v. 57, p. 1693-1724, 2008, p. 1694. Comparativamente às demais estratégias de indução à inovação, Stiglitz descreve a propriedade intelectual como altamente injusta e geradora de distorções econômicas. *Id.*, p. 1723.

CARLOS PORTUGAL GOUVÊA – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
MARIANA PARGENDLER – Professora associada da FGV Direito SP e coordenadora do Núcleo de Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP.

É estudante ?
Aproveite as condições especiais para quem está na
graduação, mestrado ou doutorado.

ASSINE

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.